

**BASE DE DATOS DE Norma DEF.-****TRIBUNAL SUPREMO**

Sentencia 1088/2018, de 19 de diciembre de 2018

Sala de lo Social

Rec. n.º 1199/2017

**SUMARIO:**

**Despido colectivo. Derecho de los trabajadores que se encuentran en situación de excedencia voluntaria a percibir la correspondiente indemnización.** La finalidad de la indemnización del despido prevista en el art. 51 del ET es la compensación al trabajador por el daño derivado de la pérdida de su puesto de trabajo y de los medios de vida que su desempeño le proporciona. Este daño se produce cuando el trabajador está prestando servicios de manera efectiva, o cuando conserva el derecho a reserva de puesto tras un paréntesis suspensivo, pero no existe o por lo menos no es comparable al anterior, cuando el derecho del trabajador es solo un derecho de reingreso «expectante», en el que la ocupación del puesto de trabajo está condicionada a la existencia de vacantes. Es en su caso el trabajador que se contrató para ocupar el puesto de trabajo en excedencia el que tendrá derecho a la indemnización por la pérdida del mismo cuando este se amortice, y no quien estando excedente por propia decisión no ha podido reingresar en la empresa precisamente porque ha cesado la actividad de esta en la que había prestado servicios inicialmente. No es lo mismo la pérdida de un puesto de trabajo que se está desempeñando y que constituye normalmente el medio de vida del trabajador, que el desvanecimiento del derecho expectante a ocupar una vacante en la empresa en la que se prestaron servicios, y de la que el trabajador se apartó, en el caso típico para el desempeño de otro puesto de trabajo o de otra actividad profesional.

**PRECEPTOS:**

RDLeg. 1/1995 (TRET), arts. 45, 46.2, 51 y 52.

**PONENTE:**

*Doña Milagros Calvo Ibarlucea.*

**UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 1199/2017**

Ponente: Excm. Sra. D.ª Maria Milagros Calvo Ibarlucea

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Jesús Escudero Cinca

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

**SENTENCIA**

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

Dª. Maria Milagros Calvo Ibarlucea  
D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana  
Dª. Maria Lourdes Arastey Sahun  
D. Angel Blasco Pellicer  
Dª. Maria Luz Garcia Paredes

En Madrid, a 19 de diciembre de 2018.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el letrado D. Pablo Nicolás Alemán en nombre y representación de D. Plácido frente a la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Murcia de fecha 3 de octubre de 2016 dictada en el recurso de suplicación número 371/2016 formulado por D. Plácido contra la sentencia del Juzgado de lo Social número 2 de Murcia de fecha 30 de septiembre de 2014 autos nº 784/2013 dictada en virtud de demanda formulada por D. Plácido frente a la empresa Airtrans Transportes y Montaje, S.L. y Fondo de Garantía Salarial sobre despido.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.ª Maria Milagros Calvo Ibarlucea.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

#### **Primero.**

Con fecha 30 de septiembre de 2014 el Juzgado de lo Social número 2 de Murcia, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Que, desestimando la demanda formulada por D. Plácido contra AIRTRANS TRANSPORTES Y MONTAJES, S.L. y el FONDO DE GARANTÍA SALARIAL, debo absolver y absuelvo a estos últimos de la pretensión deducida en su contra por la inexistencia de despido."

#### **Segundo.**

En la citada sentencia se han declarado probados los siguientes hechos, que se transcriben según constan en la recurrida, si bien pueda contener algunas erratas menores de fácil subsanación e irrelevantes a los fines de la resolución de los presentes recursos de casación para la unificación de doctrina:

"PRIMERO: El actor ha prestado servicios para la empresa demandada desde el 1/7/1998, con la categoría profesional de Conductor-mecánico a tiempo completo y una retribución mensual bruta, incluida la prorrata de pagas extraordinarias, de 2.020,75 euros.

SEGUNDO: El actor desarrolló las tareas propias de su categoría profesional en el centro de trabajo propio de la demandada. TERCERO: Desde agosto de 2010 y hasta el 1/9/2013 el actor disfrutó de excedencia voluntaria. El 23/7/2013 solicitó a la empresa su voluntad de reincorporarse el 1/9/2013. El 4/10/2013 la empresa comunicó al actor por escrito que no podía readmitirlo al no estar en activo.

CUARTO: La empresa demandada está de baja ante la TGSS desde el 4/12/2012. No consta que la empresa tenga actividad alguna. QUINTO: El actor no ostentó ni ostenta cargo representativo o sindical alguno.

SEXTO: Se promovió acto de conciliación, que resultó intentado sin efecto."

#### **Tercero.**

La citada sentencia fue recurrida en suplicación por D. Plácido, dictándose por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Murcia sentencia con fecha 3 de octubre de 2016 en la que consta la siguiente parte dispositiva: "En atención a todo lo expuesto, la Sala de lo Social de este Tribunal, por la autoridad que le confiere la Constitución, ha decidido:

Desestimar el presente recurso de suplicación interpuesto por D. Plácido, contra la sentencia número 0324/2014 del Juzgado de lo Social número 2 de Murcia, de fecha 30 de Septiembre, dictada en proceso número 0784/2013, sobre DESPIDO, y entablado por D. Plácido frente a la empresa AIRTRANS TRANSPORTES Y MONTAJES S.L., y el FONDO DE GARANTÍA SALARIAL; y confirmar como confirmamos el pronunciamiento de instancia."

**Cuarto.**

El letrado D. Pablo Nicolás Alemán, en nombre y representación de D. Plácido , mediante escrito presentado el 3-1-2017 formuló recurso de casación para la unificación de doctrina, en el que: PRIMERO.- Se alega como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias con sede en Las Palmas de 22 de octubre de 2012 (Rec. 1198/12 ). SEGUNDO.- Se alega la infracción de los arts. 46.2 y 5 , 51 , 53 , 55.3 y 4 y 56 del Estatuto de los Trabajadores y 1256 del Código Civil .

**Quinto.**

- Por providencia de esta Sala, se procedió a admitir a trámite el citado recurso, y evacuado el trámite de impugnación, pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que presentó escrito en el sentido de considerar la improcedencia del recurso. E instruida la Excm. Sra. Magistrada Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 19 de diciembre de 2018 en que tuvo lugar.

**FUNDAMENTOS DE DERECHO****Primero.**

EL trabajador, que venía disfrutando de excedencia voluntaria desde el mes de agosto de 2010, con fecha límite 1 de septiembre de 2013, solicitó su ingreso a lo que la empresa contestó que no podía ser readmitido por no estar en activo, refiriéndose a que la empresa había sido dada de baja en la TGSS el 4 de diciembre de 2012. El juzgado de lo Social desestimó la demanda del actor, su resolución fue confirmada en suplicación al entender que ni puede ofrecer un puesto de trabajo la demandada por cuanto se halla inactiva desde el año anterior a la solicitud y en cuanto a la posibilidad de obtener la indemnización por su pérdida, al no existir el derecho a esa compensación cuando la inexistencia de vacante se debe a la desaparición de la empresa.

Recurre el actor en casación para la unificación de doctrina y ofrece como sentencia de contraste la dictada el 22 de octubre de 2012 por el Tribunal Superior de Justicia de Canarias, con sede en Las Palmas la cual estimó el recurso del trabajador y declaró la improcedencia del despido. En la sentencia referencial, la trabajadora permaneció en excedencia voluntaria desde el 14 de enero de 2007, comunicando el 23 de septiembre de 2011 la reincorporación a su puesto al haber cesado al último administrativo. La empresa le comunicó el 30 de septiembre de 2011 la imposibilidad a causa del cese de la actividad por el estado general de la economía, sin que conste la fecha del cese de dicha actividad.

Razona la sentencia de comparación que una cosa es que el trabajador en excedencia voluntaria no tenga derecho a la reserva de su puesto de trabajo y como consecuencia de ello el empresario pueda disponer del puesto de trabajo y otra que la situación de excedencia voluntaria autorice al empresario a rescindir unilateralmente el contrato de trabajo sin cumplir los requisitos formales y materiales establecidos en nuestro ordenamiento jurídico. Asimismo resuelve que la extinción producida le es de aplicación la normativa anterior al 12 de febrero de 2012, fecha de entrada en vigor del RD Ley 2/2012 .

Entre ambas resoluciones concurre la preceptiva contradicción en los términos exigidos por el artículo 219 de la L J S.

**Segundo.**

La cuestión que se suscita en las presentes actuaciones es la que se refiere a la posibilidad de acceso a la declaración de despido nulo por el excedente voluntario cuando al intentar su reingreso éste no resulta posible por haber cesado la empresa en su actividad y cuales pueden ser las consecuencias de que la empleadora no haya acudido al procedimiento o normas que regulan la extinción de los contratos por causas económicas, técnicas o de producción.

La jurisprudencia sobre el particular es profusa y muestra siempre una conclusión negativa al respecto , tanto si se enfoca desde el punto de vista de la mera obtención de las indemnizaciones reconocidas a quienes se hallaban en activo como si se produce el debate acerca las consecuencias de inaplicación de los artículos 51 y 52

del E de los T. respecto de los trabajadores con los que se prescindió de seguir el cauce normativo previsto en los artículos 51 y 52 del Estatuto de los Trabajadores .

Así , la STS de 25 de octubre de 2000 ( R C U D 3606/1998 ) del Pleno de la Sala da un respuesta negativa a la petición del trabajador en los siguientes términos :

"TERCERO.- El Estatuto de los Trabajadores (ET) regula en artículos separados "las causas y efectos de la suspensión" del contrato de trabajo ( art. 45 ET ) y de las "excedencias" (( art. 46 ET ). La enumeración de causas de suspensión es una enumeración tasada o exhaustiva, en la que figuran numerosos avatares o incidencias atinentes bien a la vida personal o profesional del trabajador, bien al funcionamiento de la empresa. El denominador común de las causas de suspensión es, con excepción de la enunciada en el primer renglón de la lista ("a) Mutuo acuerdo de las partes"), el acaecimiento sobrevenido de una incompatibilidad, incapacidad, imposibilidad o impedimento para la ejecución del trabajo.

El régimen legal de la suspensión del contrato de trabajo del art. 45 del ET se caracteriza, desde el punto de los efectos o consecuencias jurídicas que se anudan a los supuestos suspensivos, por la exoneración de "las obligaciones recíprocas de trabajar y remunerar el trabajo". De acuerdo con el significado que se ha atribuido de manera generalizada por parte de la doctrina al instituto de la suspensión, la jurisprudencia y la doctrina judicial han venido interpretando este precepto en el sentido que sugiere su formulación literal. En consecuencia, mientras perduran las causas de suspensión se mantiene la exoneración de las obligaciones principales del contrato de trabajo, y una vez que desaparecen las situaciones o incidencias impeditivas de la ejecución del trabajo o incompatibles con la misma se reactivan automáticamente tales obligaciones. Con las debidas adaptaciones, esta doctrina es sin duda de aplicación a la suspensión por mutuo acuerdo de las partes o pacto de suspensión temporal.

La suspensión del contrato de trabajo regulada en el art. 45 del ET se configura así como una vicisitud de la relación contractual en la que el trabajador tiene derecho a conservar el puesto de trabajo y el empresario deber de reserva del mismo. A lo largo de la situación suspensiva el puesto de trabajo podrá ser desempeñado por otro trabajador de la empresa o por otro trabajador contratado para ocuparlo. Pero la relación contractual en suspenso recupera su plenitud en el momento en que desaparece la causa suspensiva. De ahí que la ley haya previsto expresamente como una de las causas justificadas de contratación de trabajadores por tiempo determinado la sustitución de "trabajadores con derecho a reserva de puesto de trabajo" ( art. 15.c. del ET ).

Uno de las causas de suspensión del contrato de trabajo de la lista del art. 45 del ET es la "excedencia forzosa", inclusión que concuerda sin dificultad alguna con la regulación de la misma en el art. 46.1 del ET . La excedencia forzosa se caracteriza en este precepto como una causa de incompatibilidad material con el trabajo o imposibilidad de la ejecución del trabajo ("designación o elección para un cargo público que imposibilite la asistencia al trabajo"), y el rasgo más destacado de su regulación es el derecho del excedente forzoso "a la conservación del puesto".

Netamente distintos son, en cambio, los supuestos y el régimen jurídico de la excedencia voluntaria. Ciñéndonos a lo que venimos llamando 'excedencia voluntaria común', que es la que está en cuestión en el presente litigio, la causa de la misma no es objeto de especificación en el art. 46.2 del ET , que se limita a reconocer el derecho del trabajador "con al menos una antigüedad en la empresa de un año" a que "se le reconozca la posibilidad de situarse en excedencia voluntaria". Ello equivale a decir que cualquier interés personal o profesional del trabajador puede justificar esta modalidad de excedencia, siempre que sea compatible con las exigencias de la buena fe contractual. En buena parte de los casos, como observa atinadamente la sentencia de suplicación impugnada, los períodos de excedencia se utilizan por los trabajadores como medio legítimo de promoción o experiencia profesional en otro trabajo por cuenta propia o por cuenta ajena.

El núcleo principal del régimen jurídico de la excedencia voluntaria común se encuentra en el precepto del art. 46.5 del ET , donde se afirma que el "trabajador excedente conserva sólo un derecho preferente al reingreso en las vacantes de igual o similar categoría a la suya que hubiera o se produjeran en la empresa". Se trata con toda seguridad de un derecho profesional distinto al que se reconoce en las situaciones suspensivas del art. 45 del ET . Evidentemente no es lo mismo un derecho preferente al reingreso, condicionado a la existencia de vacantes, que un derecho incondicional a la reserva del puesto. La cobertura de éste durante el tiempo en que opera la causa de suspensión es una cobertura interina. El desempeño de un puesto de excedente voluntario común no justifica en cambio el recurso a esta modalidad de contratación temporal. De ahí que la jurisprudencia de esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo haya apreciado diferencias sustanciales, a efectos del juicio de contradicción de las sentencias de unificación de doctrina, entre las situaciones de excedencia voluntaria común y excedencia forzosa ( STS 6-11-

1997 ), y haya calificado con frecuencia el derecho al puesto de trabajo del excedente voluntario común como un derecho potencial o "expectante" (por todas, STS 18-7-1986 ), y no como un derecho ejercitable en el acto o momento en que el trabajador excedente exprese su voluntad de reingreso.

Este tratamiento legal diferenciado de la suspensión del art. 45 del ET y de la excedencia voluntaria común del art. 46.2 del ET encuentra justificación en la distinta valoración que merecen los intereses en juego en una y otra. El interés que está en la base de la situación de excedencia voluntaria común es genéricamente el interés personal o profesional del trabajador excedente voluntario, bastando en principio para hacerlo valer con la voluntad unilateral del propio trabajador excedente. Siendo ello así, no parece razonable conservar para él un puesto de trabajo, a costa de la estabilidad en el empleo del trabajador que lo sustituya y del propio interés de la empresa. Las situaciones de suspensión del art. 45 del ET se refieren, en cambio, o bien a causas específicas y cualificadas de impedimento o incompatibilidad con el trabajo por parte del trabajador, o bien a causas que dependen del funcionamiento de la empresa o de la propia voluntad conjunta de trabajador y empresario.

#### CUARTO.

Las consideraciones anteriores sobre los institutos jurídico-laborales de la suspensión y de la excedencia permiten abordar en mejores condiciones la cuestión concreta del derecho o no a la indemnización por despido económico de los trabajadores en excedencia voluntaria común.

Como dice la sentencia recurrida, en argumento que acoge el dictamen del Ministerio Fiscal, la finalidad de la indemnización del despido prevista en el art. 51.8 del ET es la compensación al trabajador por el daño derivado de la pérdida de su puesto de trabajo y de los medios de vida que su desempeño proporciona al trabajador. Este daño se produce cuando el trabajador está prestando servicios de manera efectiva, o cuando conserva el derecho a reserva de puesto tras un paréntesis suspensivo, pero no existe o por lo menos no es comparable al anterior, cuando el derecho del trabajador es sólo un derecho de reingreso "expectante", en el que la ocupación del puesto de trabajo está condicionada a la existencia de vacantes. Es en su caso el trabajador que se contrató para ocupar el puesto de trabajo en excedencia el que tendrá derecho a la indemnización por la pérdida del mismo cuando éste se amortice, y no quien estando excedente por propia decisión no ha podido reingresar en la empresa precisamente porque ha cesado la actividad de ésta en la que había prestado servicios inicialmente. El argumento de analogía en que se centra el escrito del recurso de las Sras. Lidia y Lucía no puede prosperar a la vista de cuanto se acaba de decir. No es lo mismo la pérdida de un puesto de trabajo que se está desempeñando y que constituye normalmente el medio de vida del trabajador, que el desvanecimiento del derecho expectante a ocupar una vacante en la empresa en la que se prestaron servicios, y de la que el trabajador se apartó, en el caso típico para el desempeño de otro puesto de trabajo o de otra actividad profesional.

En conclusión, no puede ser acogida la reclamación de indemnización de despido colectivo por cierre del centro de trabajo de los demandantes, que pasaron a la situación de excedencia voluntaria común por su exclusiva voluntad, desarrollando en tal situación otras actividades profesionales."

Idéntica solución fue la aplicada en la STS de 11 de julio de 2013 (RCUD 2139/2012 ) ante un supuesto de externalización que condujo a la amortización entre otras de la plaza que antes de la excedencia había ocupado el excedente voluntario .

SSTS de 13 de noviembre de 2006 (RRCUD 4487/2005 y 4489/2005 ), 29 de noviembre de 2006 ( RCUD 4464/2005 ), observan la misma doctrina dándose la circunstancia de que en aquellos casos los demandantes figuraban incluidos en la lista de trabajadores afectados por el expediente de regulación de empleo, sin que se les reconozca derecho a la indemnización lo que revela como obvio lo intrascendente respecto al derecho de los interesados que se observara el procedimiento del artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores puesto que ninguna consecuencia indemnizatoria se iba a seguir para los mismos .

Lo antes expuesto determina que manteniendo idéntica doctrina a la aplicada hasta la fecha y de conformidad con el informe del Ministerio Fiscal se desestime el recurso sin que haya lugar a la imposición de las costas, a tenor de lo preceptuado en el artículo 235 de la L J S .

**FALLO**

Por todo lo expuesto,

EN NOMBRE DEL REY

y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido:

Desestimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el letrado D. Pablo Nicolás Alemán en nombre y representación de D. Plácido frente a la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Murcia de fecha 3 de octubre de 2016 dictada en el recurso de suplicación número 371/2016 . Sin que haya lugar a la imposición de costas.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.